

共謀と正犯性

田川靖紘

I 本稿の問題意識

1) 難解な共謀概念

実務では、結論だけ見れば、共謀があれば（共謀）共同正犯として処罰しているように見える。つまり、共謀は、共同正犯の成立にとって不可欠の要件である。それならば、その共謀の内容がいかなるものか、明らかにするのは重要である。

この共謀概念について、『難解な法律概念と裁判員裁判』（以下、『難解な法律概念』とする。）では、裁判実務における理解と同様、①「犯罪の共同遂行の合意」ととらえ、②従犯ではなく共同正犯と認められるためには、共謀と不可分一体の要件として「自己の犯罪を行う意思（正犯者意思）」（本稿では、このような「正犯であることを示す要素」を「正犯性」という。）を必要としている¹⁾。つまり、犯罪の共同遂行の合意というものは、従犯にも認められるので、正犯であることを示す要素を要求するのである²⁾。

1) 司法研修所編『難解な法律概念と裁判員裁判』（法曹會，2009年）56頁。

2) 前掲注1)『難解な法律概念と裁判員裁判』57頁は、犯罪の共同遂行の合意の有無は、「犯罪を共同して行う意思を通じ合っていたということが出来るかどうか」で判断するというが、「共同して」の部分に従犯とは異なる「正犯」らしきものがあると理解しているようである。しかし、従犯でも「犯罪を共同して行う意思」を有しているのだから、このような説明は、結局のところ「意思の連絡」があるかを問うているだけである。不可分一体のものとして、正犯者意思を要求するのは、そのためである。

そのため、共謀概念と正犯性は本来分かれているはずなのに、「不可分一体」であり、その認定の際に考慮されるべき諸事情（人的関係、具体的な役割、犯行動機等）も重なっているとするのである³⁾。このような共謀の構造が、共謀概念を難解なものにしているのであるが、これには、実務家による理解の影響もあるといつてよいだろう。

2) 主体的・積極的な意思等に正犯性を求める理解

『難解な法律概念』のような共謀の理解は、実務家の論考においても主張されている。たとえば、石井一正＝片岡博は、練馬事件判決に言及したうえで、「練馬事件判決が、共謀の意義・内容として客観的行為ないし要件を必要としている（客観説ないし謀議行為説とでも称されよう）と解する見方もあるが、実務上はむしろ共謀を共犯者間で形成された犯罪の共同遂行の合意ととらえる見解（主観説とでも称されよう）の方が有力であると思われる。この見解によっても、もとより共謀は単なる意思の連絡ではないし、他人（実行者）の犯行の認識・認容では足りない。これらを前提とはするが、共謀というためには、これに加えさらに積極的な意思を必要とするであろう。これを共謀について一語で言えば、「自己の犯罪」の意識ということにならうか。」とされる⁴⁾。

他にも、出田孝一は、主体的・積極的な意思の連絡を要求し、それは練馬事件で示されたような「『共同意思のもとに一体となって互いに他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移す』意思」であるとする⁵⁾。また、実務家以外に下村康正も、共謀概念を「共同犯（実）行の認識」としたうえで、具体的には「相互に犯罪の実行にとって重要な役割を一体となって行おうという、行為者間の対等関係における意思連絡をいう」として、単なる意思の連絡でも、単なる相

3) 前掲注1)『難解な法律概念と裁判員裁判』59頁。

4) 石井一正＝片岡博「共謀共同正犯」小林充＝香城敏磨編『刑事実認定（上）』（判例タイムズ社、1992年）343頁。

5) 出田孝一「共謀共同正犯の意義と認定」小林充先生＝佐藤文哉先生古稀祝賀論文集刊行会編『小林充先生＝佐藤文哉先生古稀祝賀論文集 上巻』（判例タイムズ社、2006年）204頁（下線筆者）。

互の存在認識でもないとする⁶⁾

なお、客観的謀議説であっても、共謀の内容（主観的な部分）は主観的謀議説とあまり変わらない。たとえば、西原春夫は、共謀のみに参加する者について、次のように指摘する。まず、共謀参加者は①首魁、指導者と②そうでない者に分類される。そのうえで、①首魁、指導者である者は、単にその地位にあるというだけでなく当該犯罪の実行について主導的役割を演じているという事実を認定しなければならない。②後者（首魁、指導者でない者）の場合、主観的には共同犯行の意思をもって客観的に謀議に参加することが必要で、さらに、当該実行行為の担当も辞さないという強い態度が必要であるとする。そして、これは常習的犯罪団体の場合、単に謀議に参加したという事実で確定可能だという。これに対し、偶発的な犯罪の遂行の場合、単に共謀参加の事実のみでは不十分で、共謀参加者の意欲の内容、集団における地位、共謀における態度および共謀前後における態度の確定が必要であるという⁷⁾

以上のように、共謀を共同遂行の合意と理解する立場の多くは、その共謀概念の中に正犯性を（主観的謀議説であれば主体的・積極的な意思を、客観的謀議説であればさらに重要な役割を）落とし込んで理解している。このように解した場合、共同遂行の合意とは、その言葉の意味すなわち「犯罪を共同して行う意思を通じ合っていた」⁸⁾ という意味を超えた役割を担っているということになる。

客観的謀議説からの理解については、常に練馬事件の謀議のような状態があるとは考えられないこと、西原のいうような「実行行為も辞さない」という強い態度を表に出さずとも、淡々と与えられた任務をこなす者もいるであろうことからすれば、常に練馬事件におけるような謀議行為や強い客観的態度を要求するのは実態に即したものとはいえないであろう⁹⁾

6) 下村康正『共謀共同正犯と共犯理論（増補版）』（学陽書房、1983年）139頁（下線筆者）。

7) 西原春夫『刑法総論 改訂準備版（下巻）』（成文堂、1993年）398頁（下線筆者）。

8) 前掲注1『難解な法律概念と裁判員裁判』59頁。

9) 松川事件差戻し前上告審（最大判昭和34年8月10日刑集13巻9号1419頁）における田中裁判官の反対意見（特に1447頁以下）参照。

また、主体的・積極的な意思や態度を共謀に落とし込むということは、論者の正犯基準の理解によって共謀概念が変容し、共謀を「共同遂行の合意」とした意味が薄れ、共謀とは何なのか不明確であるという批判が妥当することになるだろう¹⁰⁾

3) 分析の視点と検討の対象

本稿は、まず分析の視点を『難解な法律概念』における共謀共同正犯論に置く。同書の共謀共同正犯論に対する影響は大きいといえ¹¹⁾、そこで示された共謀概念を基礎において検討するのは有用だといえる。したがって、共謀を構成する意思の連絡と正犯性について検討し、あわせて、正犯性を基礎づける多様な要素についても検討する。

また、近時、樋口亮介は、共謀は「合意」と理解するのが正当とする¹²⁾その上で、『難解な法律概念』が共謀と不可分一体であるとした「自己の犯罪を行う意思（正犯意思）」について、これだけでは判断基準が漠然とってしまうことを指摘し、「自己の犯罪を行う意思」は「合意を成立させる事情の1つ」と位置付けている¹³⁾

このような樋口の共謀共同正犯論は、多くの判例、裁判例分析に基づく議論であり、ひとつの事実認識である。つまり、裁判官の思考を言語化しようとする試みと理解することができる。裁判官の思考を言語化するにあたって、樋口の共謀共同正犯論は示唆に富むものであり、検討の主たる対象とした¹⁴⁾

そこで、まず、共謀概念について、樋口の理解について検討を加える（Ⅱ）。

10) 樋口亮介「共謀共同正犯における共謀の意義」研修844号（2018年）8頁。

11) 樋口・前掲注10)「共謀共同正犯における共謀の意義」3頁。

12) 樋口・前掲注10)「共謀共同正犯における共謀の意義」3頁。

13) 樋口・前掲注10)「共謀共同正犯における共謀の意義」3-4頁。

14) 樋口亮介「実行行為概念について」山口厚ほか編『西田典之先生献呈論文集』（有斐閣、2017年）19頁以下、同「実行共同正犯」酒巻匡ほか編『井上正仁先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2019年）133頁以下と併せ、樋口・前掲注10)論文においてケーススタディが示されたことで、樋口教授の共謀概念からの具体的解決が明らかになったので、検討する価値は高いといえる。

そして、『難解な法律概念』が共謀と不可分一体の要件として挙げる「自己の犯罪を行う意思」にいう自己の犯罪という視点の検討をしたい（Ⅲ）。最後に、『難解な法律概念』は、共謀の有無、正犯性の有無が明らかでないときは多様な要素の総合判断によって考慮するとしているが、樋口は、これを修正することを試みている。そこで考慮される多様な要素が妥当なものであるのか、という点について検討する（Ⅳ）。

Ⅱ 共謀の内容

1) 樋口の共謀概念と共同意思主体説

共謀概念の中に主体的・積極的な意思を要求することで共謀と狭義の共犯における意思の連絡を区別するのではなく、樋口は、共謀共同正犯における共謀の「固有の意義」に着目し、共謀と狭義の共犯における意思の連絡を区別する。

樋口は、共謀は端的に合意であるとし、このような共謀の効果は、心理的拘束性、規範遵守意識を低下させる等の共謀の「固有の意義」があるので、教唆犯や従犯における意思の連絡とはその性質を異にすると説明する¹⁵⁾つまり、樋口の理解による共謀は、狭義の共犯には存在しないものであり、共同正犯を基礎づけるのである。

また、合意の対象は、「実行行為とすべきである」とする。その上で、実行行為者と実行行為を行わない者の間では「実行行為を行うこと」が合意の対象となり、実行行為を行わない者同士の間では、「実行行為者を確保すること」が合意の対象となるとする。そして、共謀概念を「共同遂行の合意」ではなく「犯罪実行についての合意」と定式化すべきことを主張している¹⁶⁾

共謀の固有の意義を問題とするのは、かつての共同意思主体説に見られる。草野豹一郎は、「共同意思主体説の特色は二人以上の異心別体たる個人が、一

15) 樋口・前掲注10)「共謀共同正犯における共謀の意義」7-8頁。

16) 樋口・前掲注10)「共謀共同正犯における共謀の意義」8頁。樋口は「すべき」という文言を用いており、これは、事実認識ではなく、政策的提言であることを明確にしている。

定の犯罪を犯すと云う共同目的を実現するが為、同心一体となるの点に在ると云はねばならぬ。…通謀が整って、通謀者の一人が共同目的たる犯罪の実行に着手するによりて、そこに、はじめて、共同意思主体の活動があることになり、随て犯罪の実行に着手せざる通謀者も、自ら実行に着手したものと看做さるることになる。」としたる¹⁷⁾つまり、共謀（通謀）には共同意思主体を形成するという固有の意義が読み取れる。また、植松正は、藤木英雄の主張する共謀に基づく心理的拘束について、「この『共同意思の心理的拘束』の是認こそは、いわゆる共同意志主体の存在を承認することに他ならない」と分析している¹⁸⁾

かつての共同意思主体説が主張していたこのような理解は、現在においても継承されている。曲田統は、伝統的な共同意思主体説において用いられてきた一体的団体性を重視し、社会心理学の知見を参照して、団体に関与する者について「社会的手抜きや責任拡散と無縁の者のみ」を一体的団体の構成員として認めるとする。具体的には、①当該関与者に目的追及意欲が存在するか、②関与者相互に主観的結束性が認められるか（相互的な心理拘束性があるか）を問題とし、これらの基準を充たす者が一体的団体性を獲得する、すなわち、共謀共同正犯として処罰されることとなる¹⁹⁾

樋口の理解によれば、共謀の効果は心理的拘束性、規範遵守意識を低下させる等の固有の意義があるので、教唆犯や従犯における意思の連絡とはその性質を異にする。そのように、共謀の固有の意義を説明する点においては、自身も認める通り、伝統的な共同意思主体説と共通のものがある²⁰⁾一方で、共同意思主体説にいう共同意思主体による実行というものは考慮されていないように思われる²¹⁾そこで、樋口と曲田の対比を通じて共謀概念を検討する。

17) 草野豹一郎『刑法改正上の重要問題』（巖松堂、1950年）315頁。

18) 植松正『再訂 刑法概論I 総論』（勁草書房、1974年）370頁。

19) 曲田統「共同意思主体説の修正と、共謀共同正犯の限定」研修852号（2019年）11頁。

20) 樋口・前掲注14)「実行行為概念について」44頁。

21) 古い判例には、そのような理解も存在する。たとえば大判昭和12年3月10日刑集16巻299頁。

2) 背後者の正犯性（と実行行為者の正犯性）

樋口と曲田は、共謀による心理的拘束性を問題とするものの、最決平成15年5月1日刑集57巻5号507頁事件（スワット事件）についての評価が異なっている。

樋口は、スワット事件における共謀（合意）について、「①実行犯であるスワットらが被告人の警護のためにけん銃等を所持するという意識を自発的に形成しており、②実行行為を行わない被告人が①の意識を認識し、当然のこととして受け入れ」、③スワットらが②の被告人の意識、特に、警護のためのけん銃の所持を当然のこととして受け入れているという心情を承知していることによって、スワットらが被告人のためにけん銃等を所持することについての合意が成立する」とする（実行行為に対する合意の完成）²²⁾被告人とスワットらとの間に、スワットらが「けん銃等を持つこと（実行行為）」の合意があることで、スワットらは勝手にその任務を放棄することができないという心理的拘束が生じるということになる。

一方で、曲田は、スワット事件を、共謀の成立しない事案であるとする。曲田は、伝統的な共同意思主体説の立場から、当該犯罪に関与した者について、一体的団体性を有する者のみが共同意思主体を形成するという立場から正犯の範囲を確定する。しかし、スワット事件の事案は、曲田の志向する相互拘束性を有しない事案だということ。スワット事件の場合、被告人と実行行為者の間に相互拘束性が存在しないのは、被告人が圧倒的に優位な地位にいるからである。すなわち、拘束の相互性を問題とするのであれば、ある程度対等な形で影響し合う必要があるところ、スワット事件の被告人とスワットらの関係においては、「強力な支配・被支配関係」があるので、一方的な支配力であり、一体性を基礎づける相互性が存在しない。そのうえで、このような関係は間接正犯の範疇で論じられるべき問題であるので、組織権力機構における正犯の背後の正犯とすべきであると結論付ける²³⁾

22) 樋口・前掲注10)「共謀共同正犯における共謀の意義」18-19頁。

23) 曲田・前掲注19)「共同意思主体説の修正と、共謀共同正犯の限定」14頁。

両者の結論の違いは、共同意思主体という一体的団体性を問題とするか、それとも、共謀による拘束性を認めつつも、あくまで個人主義的正犯性を問題とするかの違いである²⁴⁾ 曲田は、一体的団体性を生じさせる拘束性を「相互」のものとして捉えるので、スワット事件について上記のような結論に至る²⁵⁾ しかし、樋口は実行者を拘束するといういわば「片面的」拘束性のみを問題としているので、被告人がスワットらを拘束することができるのはその地位からして可能であるから、そのような共謀を行った背後者には共謀に基づく正犯性を、実行者には実行行為に基づく正犯性を認めていると考えられる²⁶⁾

関与者の相互拘束性を問題とする場合、とりわけ、関与者に上下関係のある場合には、上の者による拘束が可能だとしても、下の者が上の者を拘束するというのは実態に即した説明であるとはいえない。相互拘束性を問題とする場合は、この点に対する批判がなされるが²⁷⁾ 樋口は相互性を要求しないので、この問題が生じない。

もっとも、共謀に固有の意義を認めて、共謀のみ（正確には実行行為者の実行も必要）で共謀共同正犯を肯定するためには、拘束性、ならびに、その裏返しの問題としての自由かどうかという問題について考慮しなければならない²⁸⁾ 結局それは正犯性の問題であり、共謀に正犯性を落とし込む理解であると言えるが、共謀の有無と正犯性の有無は同時に考慮されるとしても、一体のもので

24) 伊藤嘉亮「共謀共同正犯の構造(1)」早稲田大学法研論集 158号(2016年) 21-23頁は、個人主義と集団主義の止揚を志向し、その出発点はあくまで個人主義であるとする。

25) ただ、その結果として、正犯の背後の正犯とする場合、そこまで強力な支配関係だということであれば、従犯の背後の正犯になってしまうのではないかと懸念がある。なお、拙稿「期待可能性論と従犯について」愛媛法学会雑誌 39巻3=4号(2013年) 81頁以下、特に90頁以下参照。

26) 樋口・前掲注14)「実行共同正犯」144頁では、実行共同正犯の成立要件としてではあるが、主観的要件に加え、実行行為の分担という客観的要件によって正犯性を基礎づけている。

27) たとえば、曾根威彦=松原芳博『重点課題 刑法総論』(成文堂、2008年) 226頁[田山聡美]。

28) 現に、樋口は大分地判平成27年10月15日裁判所ウェブサイトの事件について、実行行為者が自由・主体性を保持していることで、拘束関係にないことを理由に共謀がないとする。樋口・前掲注10)「共謀共同正犯における共謀の意義」7-8頁。

はないのではないか²⁹⁾

3) 共謀の役割を個別化する理解

『難解な法律概念』における共謀概念には、主体的・積極的な意思という正犯性が一体のものとして存在し、樋口の共謀概念には心理的拘束性という、狭義の共犯にはない固有の意義（共謀共同正犯性）が要求されていた。しかし、このような共謀と正犯性の一体性は必ずしも要求されるべきものではない。

共謀は、共犯性の問題、正犯性の問題、故意の問題を含んだ、難解な概念であったといえる³⁰⁾しかし、これらは本来別々の概念であり、分けて考えられるべきである。そのうえで、共謀の第一の役割は、共犯性、すなわち、因果性を基礎づけることである³¹⁾そのためには、意思の連絡が必要である³²⁾そのような理解からすると、「共同遂行の合意」は単なる意思の連絡となってしまう、正犯と狭義の共犯を区別することができないが、関与者の共犯性（因果性）を基礎づけていれば十分なのである³³⁾

そして、その共犯性を基礎づけられた者の正犯性の有無が考慮される。本稿ではこれを簡記するにとどめるが、正犯性は、因果的に重要な役割を果たして

29) この他に、関与者の対等な関係において「実行行為の合意」がなされた場合に、樋口・前掲注14)「実行行為概念について」44頁では、「心理的障壁を除去する程度」でよいとするが、上下関係があって上の者に拘束されると「心理的障壁の乗り越えを強く義務付け」とするので、背後者の正犯性に違いが生じるのではないか。もっとも、この問題は心理的因果性の強弱（濃淡）を問題とする理解にも同様に当てはまる。上下関係があった場合と、対等な関係の場合とでは、心理的因果性に強弱が生じて、等しく正犯性を基礎づけるのかという問題が生じる。また、実行行為を行った者は正犯であるということは、実行行為を行った者が従犯になる余地を求めないということになるので、その結論が妥当かもひとつの問題である。

30) 亀井源太郎「共謀共同正犯における共謀概念」慶應義塾大学法学研究84巻9号（2011年）115頁。

31) 林幹人「共謀共同正犯と『謀議』」判例時報1886号（2005年）4頁

32) 拙稿「共謀共同正犯における共謀について」早稲田大学法研論集135号（2010年）173頁以下参照。ただし、現在とは正犯性の考え方が異なる。

33) 亀井源太郎『正犯と共犯を区別するという事』(弘文堂、2005年)3頁は外側の限界と呼ぶ。このことが確定されれば、次は内側の限界(同56頁以下。)についての検討に移るのである。亀井・前掲注30)「共謀共同正犯における共謀概念」103頁も参照。

いるか³⁴⁾、そして、因果的に重要な役割を果たした者のうち、不自由に行為している者がいないかという判断がなされる³⁵⁾

この二重の正犯性判断を経て、正犯性を有している者がなした上述の意思の連絡は「共謀」と呼ばれているだけなのである。共謀概念に、正犯性を含む非常に厳密な定義があるのではなく、結果的に意思の連絡が「共謀」に格上げされ、判決文の中で「共謀の上」と記載されているだけなのである。

Ⅲ 自己の犯罪意思（正犯者意思）の問題

1) はじめに

『難解な法律概念』によれば、共謀と不可分一体とされる正犯性は「自己の犯罪」意思であるとされる。そして、説明の一例として、それは「重要な役割」等から判断されるという³⁶⁾

しかし、近年の実務ではそのような判断がなされていない場合もあるので、裁判員に対して、例としてこの説明をするのでは誤解を招くことになるであろう。近年、実務においては、重要な役割を果たしていることを認めながら、従犯や教唆犯として処罰している事例が見られる³⁷⁾。このような実態からすれば、正犯と狭義の共犯の区別基準として、重要な役割を果たしたか否かを唯一の基

34) このような重要な役割を問題とする点で、本稿の理解では実行＝正犯のドグマから脱却できてはいない。このことは、実行行為を行う従犯を認める立場としては矛盾しているようであるが、裁判官の思考には、まだ重要な役割という考え方が残っており、実際にも、重要な役割について言及する裁判例は多いので、事実認識として現時点では入れざるを得ないと考える。もっとも、現在の裁判例を見ていると、重要な役割を果たしていないとするものがほとんど存在しないし、重要な役割を果たしていることを認めても従犯とするといった裁判例が存在するのは、樋口の指摘する通りである。ということは、正犯性の問題としての重要な役割という要素は、今後なくなることも考えられる。

35) 拙稿「正犯に関する2つのアプローチ」早稲田大学法研論集141号（2012年）277頁以下参照。本稿は、後述するように、「自由概念」に新たな領域を加えるものである。

36) 前掲注1)『難解な法律概念と裁判員裁判』56-58頁。

37) 樋口・前掲注10)「共謀共同正犯における共謀の意義」論文中で紹介されるもののほか、後述する東京高判令和元年12月10日裁判所ウェブサイト、最決平成29年7月5日LEX/DB 25546833などがある。

準として用いることは意味を持たない。

そこで、樋口は、実行行為者の内面において、「他人あるいは自分たちが有する犯罪実現に対する関心を実現する」という意思が生じていることが重要で、その点を合意成立の問題とするのである³⁸⁾

本稿においては、以下、従来の自己の犯罪説との関係で検討を加えたいと考えている。というのも、樋口の指摘する正犯性のポイントは、正犯と狭義の共犯の区別基準において示された「自己の犯罪説」とも共通する部分がある。もっとも、樋口のそれは「自己の」という点にとらわれず、「他人の」あるいは「自分たちの」である点に特徴がある。「他人の」犯罪を共謀共同正犯として処罰することに問題がないのかを、なお検討する必要があるだろう。そこで、自己の犯罪説にいう「自己性」と樋口の「他人性」について考えてみたいと思う。

2) 松本時夫の正犯理解との比較

自己の犯罪を行った者が正犯であるという理解は、実務家を中心に主張されることが多く、よく知られたものとして、松本時夫の理解は、実務の理解として（とされて）広く浸透しているといえる。

松本は、正犯と狭義の共犯を区別する「判断の基準は、端的にいうと、実行行為を分担しなかった者にとって当該犯罪が『自己の犯罪』か『他人の犯罪か』ということである」とする³⁹⁾そして、犯罪に関与する複数人が、意思連絡の過程で「自己の犯罪」であるという意識を持ち、その各自の意識が相互に認識されている場合、関与者の全員が共謀共同正犯としての要件を一定の範囲で備えたといえ、これに加えて、「自己」と「他人」とを区別する客観的要件を備えた場合に、自己の犯罪性が認められるとする⁴⁰⁾この客観的要件の中身は、「犯行結果との関わり合いの事情」であるとし、より具体的には、事案に応じて「実行に関与した者としなかった者との人的関係（上下、主従、対等等）、実行

38) 樋口・前掲注 10)「共謀共同正犯における共謀の意義」9頁。

39) 松本時夫「共謀共同正犯と判例・実務」刑法雑誌 31 卷 3 号（1990 年）318 頁。

40) 松本・前掲注 39)「共謀共同正犯と判例・実務」320-321 頁。

に關与するかどうかを決定した事情，財産犯の場合には利得の分配，動機犯の場合には直接又は間接の動機の有無など」の状況も併せて自己の犯罪性を決定する⁴¹⁾

一方で，樋口の理解によれば，合意の中身は背後者だけでなく実行行為者の意思内容も問題としており，実行行為者が背後者(他人)のために，あるいは，組織(自分たち)のためにという認識を有している場合について，共謀共同正犯を認める合意の形成があったとする。すなわち，松本のいう「他人の犯罪」に關与している場合でも，共謀共同正犯を肯定しているようにも思えるので，一見すると，共謀共同正犯の成立範囲を拡大する理解のようにも見えるのである。

しかし，樋口の理解をそのように評価することはできない。というのも，松本の自己の犯罪性の理解というのは，総合判断により自己の犯罪かどうかを実質的に決定するが，樋口の自己の犯罪性の判断は，形式的な判断だからである。それが何を意味するかというと，樋口が他人の犯罪としている事例であっても，松本の理解からは自己の犯罪性を帯びるといえるので，樋口の理解は，共謀共同正犯の成立範囲を拡大して処罰しようとするものではない，ということである。

現に，両者は，それぞれ大麻密輸入事件について検討しているが，結論は異なる。では，スワット事件に関してはどうであろうか。樋口は，「①実行犯であるスワットらが被告人の警護のためにけん銃等を所持するという意識を自発的に形成しており，②実行行為を行わない被告人が①の意識を認識し，当然のこととして受け入れ」，「③スワットらが②の被告人の意識，特に，警護のためのけん銃の所持を当然のこととして受け入れているという心情を承知していることによって，スワットらが被告人のためにけん銃等を所持することについての合意が成立する」とする(実行行為に対する合意の完成)⁴²⁾

一方，松本の自己の犯罪説からすると，スワット事件における①の事情は，

41) 松本・前掲注 39)「共謀共同正犯と判例・実務」324頁。

42) 樋口・前掲注 10)「共謀共同正犯における共謀の意義」18-19頁。

まさに「他人のため」の犯罪であり、他人の犯罪に関与する意思のようにも見える。しかし、①の事情においては、「自発的に」形成していたことも同時に認められ、この事情は、まさに「自分たちが実行行為を行う」という強い意思の表れと見ることもできるのであり、松本の理解によってもスワットらが「自己の犯罪」という意識を有していたことを認める要素になりうる。そして、被告人としてはスワットらのけん銃等の所持がまさに「自己（被告人）のため」に行われているのであるから、スワットらを介して「自己の犯罪」を行う者であり、被告人はスワットのけん銃等の所持を認識し、スワットらも被告人の心情を承知しているのであるから、相互の認識があるので共謀共同正犯として処罰可能であるという結論に至るであろう。

3) 「自己，他人」を考慮する意味

さて、上記の通り両者の考え方を比べるとき、松本の理解は、自己の犯罪を認めるための事情について、どのような基準が働くか不明である。このことは、正犯性を認めるために総合的な判断をするという理解に向けられた批判、すなわち、多様な要素が平板に羅列されることで、区別基準が不明確になるとされる問題と同様の結論に至る⁴³⁾ いわば、基準のネーミングの問題ともいえるのである。

そこで、多様な要素をもとに一見すると他人の犯罪にみえる行為も自己の犯罪であるという説明をするより、客観的に自己の犯罪か他人の犯罪かを決定し、他人の犯罪に関与する場合でも、共謀共同正犯を肯定することができると思うほうが、社会的実態に即していると評価することができ、説明しやすい理解であるといえるであろう。

もっとも、本稿の共謀概念からすると、そもそも意思の連絡では正犯と狭義の共犯が区別できないのであるから、「犯罪を一緒になって行うことの合意」をする際、それが自己の犯罪であっても、他人の犯罪であってもいいことにな

43) 照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』（弘文堂、2005年）139頁。

る。そうであるなら、この区別は無意味なものであるかということ、そうではない。なぜなら、この「他人の犯罪」に関与するのに、実行行為を行っている者については、どうして他人の犯罪なのに実行行為をしているか、本当に正犯としてよいかについて考える契機となる機能を有しているからである⁴⁴⁾

これは、正犯性の考慮要素である自由判断の際に、留意すべきことながら、何らかの心理的拘束によって実行行為をさせられているのではないか、そのような事情がないかを判断するポイントとして重要な意味を持つ。また、端的に他人の犯罪の場合、そこに関与することは自由であるが、他人の犯罪でその他人が実行行為をしている事例においては、自由に関与しているように見えて、(実行行為者と比較して)「相対的に不自由」に行為していると評価可能である。

Ⅳ 総合判断のための多様な要素について

1) 樋口の判断ポイント

『難解な法律概念』においては、自己の犯罪を行う意思を認めるために、上述の松本の指摘するような事情を用いて自己の犯罪を行う意思の有無を判断しようとしていた。しかし、これもすでに述べた通り、多様な要素が平板に羅列されるだけでは、結局のところ裁判官の恣意的な判断を許容することになりかねないといえ、その多様な要素は、認定する事情との関係で示すほうが効果的であるとの理解がなされる。

樋口は、背後者と実行行為者の合意について、次のような場合に生じると理解される。まず、(1)①背後者が自己の犯罪といえるような関心を有しており、②背後者の関心に応じるという意識を実行行為者が持つという形の意味連絡である。もう一つは、(2)犯罪実現は、自分たちの関心ごとであるという意識の共

44) 自己の犯罪説は、感覚的には受け入れやすい。しかし、他人の犯罪に関与する者について、総合判断の結果「これも自己の犯罪」と結論付けるより、他人の犯罪も含み自由に関与しているかという基準の方が実態に即しているといえよう。

有という形の合意である。樋口は、(1)のような形で合意を形成する実行行為者にとって、「実行行為を行わない者あるいは自分たちのための犯罪実現」であるという意識を生じさせる事情について、判断のポイントを示すために、①報酬約束・組織への帰属意識、②恐怖・監視による心理的拘束、③恩義、恋愛感情という心情、④(主体性のある)明示的な話し合いを挙げている。本稿では、これらのポイントのうち、主に②について検討を行うこととしたい。

2) ポイントを検討する上での問題

本稿の理解によると、共謀の共犯性を問題とする部分は、単なる意思の連絡に過ぎないので、正犯性が別に要求されるが、正犯性の判断は、因果的に重要な役割を果たしているか、そして、重要な役割を果たした者が不自由に行為していないか、という判断をするものである。

なぜこのような理解が必要なのかであるが、樋口が指摘するように、重要な役割を果たしていても、狭義の共犯になる事例は存在するのであるから、さらに何らかの基準が必要である、ということになる。何より、このような主張が必要になるのは、実行行為を行う従犯を肯定するためである。実行行為を行わずとも正犯として処罰されるのが共謀共同正犯であるなら、その裏側の問題として、実行行為を行ったが従犯になるということも考えられる。そして、裁判例の中には、実行行為を行う従犯を認めたものが存在するのである⁴⁵⁾ 実行行為を行う従犯を認める余地を残している以上、事実認識として、それに合わせた理論構成をする必要があると考えるのである。

本稿の理解は、正犯と狭義の共犯を区別するにあたって、第二段階で自由概念を用いて区別を行う。その際に考慮されるのが、背後者と実行行為者の人的関係である。すなわち、強力な支配が及んでいる場合については、よほど「自主的な行為」であることの認定がなければ、自由でないことになり、従犯になると考えるのである。

45) 最判昭和25年7月6日刑集4巻7号1178頁(闇米運搬事件)をリーディング・ケースとする。

この点について、樋口は、関心を示すポイント②として、恐怖や監視による心理的拘束を挙げ、このような拘束を受けた者（実行行為者）も、他人の関心に応じるための意識は持っているので合意の中に取り込まれることになるであろう。そうすると、これまでの裁判例が認めてきた実行行為を行う従犯の事例における実行行為担当者は、実行共同正犯に解消され⁴⁶⁾、せいぜい量刑の差があるにすぎないという理解になるのであろう⁴⁷⁾。

たしかに、実行行為を行う従犯の事例は、例外事例であり、その数は圧倒的に少なく、また、重要な役割を行っているが従犯（あるいは、教唆犯）であるという事例は存在しても、実行行為を行っていないながら従犯となった事例が最近では現れていないことを考えると、現在の事実認識としては、樋口の理解が妥当するともいえる。

しかし、事実として実行行為を行う従犯が存在する以上、実行行為を行う従犯を選択肢として残しておく余地はあるといえる。今後、実行行為という重要な役割を果たした者についても、（背後者と比較して）相対的に不自由な者（従来の実務では、自己の犯罪を行っていない、積極的な動機がないなどとされてきた）は出てきうるからである。

3) 事例を用いた検討

i) 大分地判平成 27 年 10 月 15 日裁判所ウェブサイト

樋口が共謀の成立を否定する事例として挙げるのが、金欲しさに覚せい剤販売を企てた X に、覚せい剤を用立てる代金を渡し、覚せい剤を自宅で保管していた被告人の罪責が問題となった事例である。この被告人の行為なくして、X は覚せい剤の売買はできなかったのであるから、被告人の寄与は重要な役割であったといえるが、大分地裁は、従犯が成立するとした。

樋口は、X が自由・主体性を保持していることで、拘束関係にないことを理

46) 樋口・前掲注 14)「実行共同正犯」149 頁。

47) 西田典之「共謀共同正犯について」内藤謙ほか編『平野龍一先生古稀祝賀論文集（上）』（有斐閣、1990 年）383 頁。

由に共謀を否定し、結論は妥当であるとする⁴⁸⁾しかし、問題となるのは、共謀＝合意の効果として心理的拘束性があるはずなので、心理的拘束がないから共謀＝合意もないということは妥当なのであろうか。つまり、実行行為の合意がないことが問題なのか、心理的拘束性がないことが問題なのか、という点である。

この事例の場合、背後者が自己の犯罪であるにも関わらず実行行為を担当せず、実行行為者が共謀による心理的拘束に基づいて実行行為を行っている場合ではない。そのため、そもそも樋口が共謀共同正犯を問題とする場面ではないともいえる。この事例についていえば、被告人が自己のためであると考え、Xがその被告人の意思に応じて実行するのではなく、Xが、自己の犯罪であると考え、実行行為も行っているからである。

それでも樋口の共謀の理解が妥当するのだとすれば、被告人にとって、Xの犯罪は他人の犯罪と言えるが、他人の犯罪に関心を寄せる事情は、後輩であるから面倒を見てやろうという感情（Xの生計を立てて、自立させるために関与した疑いが残る、とされている。）がこれに当たるであろう（ポイント③）。そうすると、Xは当該覚せい剤で金を稼ぎたいと相談しているのだから、「実行行為の合意」はあるといえる。ただ、報酬の約束もなければ（ポイント①の否定）、拘束関係もない（ポイント②の否定）のであるから、「合意」はないともいえる。そうすると、やはり諸事情をどのように考慮するかによって結論が異なりうる。

この点について、本稿の理解によれば、単なる意思の連絡は十分認められるので、正犯性の問題を検討する。この事例では、被告人の行為がなければXによる覚せい剤の販売もあり得ないので、因果的に重要な役割を果たしている。次に、被告人は、Xの覚せい剤売買なので、他人の犯罪に関与する者であるとすれば、この事例は、Xの犯罪で、かつ、Xが実行行為を行っている。そのため、被告人は、自由に振舞うXのサポートしかできない。この状態を「相対的

48) 樋口・前掲注10)「共謀共同正犯における共謀の意義」7-8頁。

不自由」という。被告人が、Xの犯罪に対しても自由であるといえるためには、分け前の相談等の積極的なアクションが求められるが、本件においてそれは存在しない。それゆえ、意思の連絡はあっても正犯性はないので、当該意思連絡を共謀とはいえず、被告人には従犯が成立する。

結局、共謀がない、という意味では結論は変わらないが、樋口の見解は「実行の合意」がないということの問題としているのか、拘束性がないということの問題としているのか、はっきりしない。心理的拘束性は、共謀の結果生じるものだとしたら、共謀はあったが拘束性がなかったというのは理解できるが、合意はあるが、拘束性がないので結果として共謀がないというのは、手段と結果が逆転しているようにも見える。

事実認識として共謀を見た時、判決書には、たしかに「共謀の上」と記載されることで共同正犯が認められているように見える。しかし、それは正犯性もすべて明らかになったあとで、今回の意思連絡は「共謀であった」として記載しているのであって、「共謀」の内容を確定し、その有無によって正犯と狭義の共犯を振り分けているのではない。むしろ、『難解な法律概念』で指摘されたように、共謀の内容は共同遂行の合意（単なる意思の連絡）であり、別途正犯性を検討することで、「共謀の上」か「そうでない」かを区別しているだけである。

ii) 東京高判令和元年12月10日裁判所ウェブサイト

次に、上記事案と同様、重要な役割を果たしているが従犯とされた死体遺棄事件について検討してみたい。この事件は、被告人が被害者（自身の妻）を殺害するにあたり、被告人の母と連絡を取りながら殺害行為に及び、その死体を被告人の実家（被告人の母の家）の敷地内に遺棄したという事件である。特徴的なのは、「死体を埋める場所の提案及び提供」という死体遺棄の準備行為が、被告人による妻の殺害行為になくはならない寄与であること（状況を打破するブレイクスルー）を認め、かつ、原判決では、その提案は積極的になされたものと認めながら、高裁判決では被告人の相談を無視したこと、メールのやり

取り等から、積極的な意思を有していなかったと認定している点である。

死体遺棄罪については、被告人と被告人の母とで実行しており、実行共同正犯であるので、共同正犯とすることに問題はないが、殺害について、被告人は殺害の直接正犯であり、被告人の母は殺人罪の従犯であると結論付けられている。ただ、事実関係を見る限り、被告人の母も、息子を思う気持ちがあり（ポイント③）、メールのやり取りとはいえ、明示的な話し合いも持たれている（ポイント④）。そうだとすれば、この被告人と被告人の母は共謀共同正犯になるのではないか、という疑問もある。

この点について、本稿の理解からすると、共同遂行の合意は存在し、重要な役割も果たしていることからすれば、とくに心理的拘束を受けていたことが認定されていないので、自由に参加したともいえるため、共謀共同正犯にするべきようにも思われるが、そうではない。母親は、何度も翻意をするようメールをし、息子が殺害のための道具等を用立てることを依頼しても、無視を続けていたのである。このように、2月の中旬までは積極的意思がないにもかかわらず、なぜ2月の下旬に他人の犯罪にこれほど重要な行為（死体を埋める場所の提供）を行ったのか、その部分の心理的变化に関する裏付けが足りなかったとは思われるが⁴⁹⁾結局、当該犯罪は息子の犯罪であり、他人の犯罪である。そこでは、基本的には相対的に不自由な者であり、積極的に、自由に行動をとっている必要があるが、母親にはそれが無いので、やはり従犯であると結論付けることができる。

V お わ り に

難解な共謀概念を、平易にする必要性は、裁判員裁判にとって必要な課題で

49) 積極的でない意思にもかかわらず、なぜ殺害に不可欠な寄与をするに至ったのか、より詳しく認定する必要があるのではないか。量刑判断において、息子の依頼に応えたいとの心情があったことが認められているが、これは樋口の理解におけるポイント③を認める事情となりうる。

あることは理解できる。そして、要件を可能な限り限定して示すという試みは、難解な概念をシンプルにすることで本来的には目指されるべきものであるように思う⁵⁰⁾。樋口は、共謀+実行というシンプルな形で共謀共同正犯論を示した。

では、議論の出発点である『難解な法律概念』はなぜ難解なのであろうか。それは、共同遂行の合意という概念に自己の犯罪を行う意思という正犯性の要件を落とし込んで考えようとした上に、その正犯性の判断が多様な要素の総合判断であったためである。

それゆえに、『難解な法律概念』において示された概念を解きほぐし、別々に考えるべきものは別々にすることで、その要件が少なくなるわけではないが、考え方自体はシンプルにすることができる。すなわち、共犯性（意思の連絡）+正犯性（重要な役割、自由）というように、分けて考えれば、裁判員にも説明しやすいのではないかと、ということである⁵¹⁾。

また、樋口の理解は、一見シンプルな要件であるように見えるが、その中には拘束性や自由などの規範的な要素があり、他人の犯罪に関心を示す事情も盛り込まれるなど、明確化はされているが、シンプルな要件の見た目のわりに内実はそれほど単純なものではない。ただ、このことは二重の正犯性判断を問題とする本稿の認識にもいえることで、自由概念についても「自由に見えるのに、不自由である」と説明がねじれるような場面が出てくる。

このようなねじれは、様々な事情に対応できるような抽象的な概念に集約しようとするところから生じる。純粹にヴァリッド・ローの記述をしようとするなら、このような抽象化を棄てて、共謀共同正犯論、あるいは、正犯と狭義の共犯の区別論について、場合分けと判断のポイントを研究するということも考えられる⁵²⁾。

50) その意味で、松澤伸「共犯と正犯の区別について」高橋則夫ほか編『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（成文堂、2014年）817頁以下もまた、シンプルな思考を目指していると言えよう。

51) 自由概念は説明しづらい部分もあるが、自己の犯罪と他人の犯罪を分け、他人の犯罪である場合に正犯性を否定する可能性を問題とするというように、判断のポイントを抽出できるように思われる。

また、本稿は共謀概念を中心に検討してきたが、共謀の効果についてはあまり触れていない。これは、別稿にて論じなければならない課題である。つまり、拘束性とは何なのかという問題、心理的因果性の問題についてである。共謀共同正犯に共謀が必要なのは当然の前提と考えられていたが、なぜ必要なのかについて検討を深化する必要があるだろう。

52) 松澤伸『機能主義刑法学の理論』（信山社，2001年）292頁。